

# 訴訟と権利の行使

山木戸 克己

- 一 序
- 二 訴訟現象の訴訟法的觀察と實體法的觀察
- 三 訴訟上の請求としての権利主張
- 四 訴訟現象における権利の行使

## 一 序

私人間で行われる賣買・貸借その他の取引や不法行為のような生活現象と、民事訴訟という裁判所の公權的判断によつて民事紛争を解決するために行われる生活現象とは、互に性質を異にした現象として、區別して觀念せられる。そして前者を規律する實體法の體系と後者を規律する訴訟法の體系とは、現在制度的に對立し併存しており、これに照應して法律學においても、實體法學と訴訟法學とが分岐している次第である。このように實體關係と訴訟は別異の生活現象でありまた實體法と訴訟法とは別個の法體系として存立するけれども、しかし他方では、それぞれ兩者は密

接に關連しており相まつてその機能を發揮するのであつて、いわば有機的に結合して、現實の生活關係なり或は民事法と呼ばれる法律秩序を形成しているものといふことができる。したがつて、實體法學及び訴訟法學のそれぞれの分野においても、實體的生活現象と訴訟現象或は實體法と訴訟法とを理論的に峻別しそれぞれの獨自性を承認するとともに、相互の機能的關連性が充分に考慮せられることを要するのは、當然であらう。

本稿においては、このような立場から、訴訟現象そのものについても實體法的觀察及び訴訟法的觀察がともに可能であること及びそれぞれの觀察における特異性と關連性についての現在のわたくしの一應の見解を述べた上で、主として訴訟上の請求が權利主張であるといふことの意味について少しの省察を加えてみようと思う。中村博士はつとに「訴訟法學、否、法學の全體系が、實體法・訴訟法の綜合理論によつてのみ正しく整序せられ得べきことを主張し、また法學における過去の自足主義を排して、隣接領域の學問的成果を取り入れることにより、法學の内容を豊富ならしめんことを意圖」<sup>(一)</sup>して來られたのであつて、ことに訴訟上の請求の意義やそれと訴との相關々係について徹底した研究を示されたのである。ここに、博士の御遺曆に際し、未熟ながら私見を披瀝することができるのは喜びにたえない。

(一) 中村・實體法學と訴訟法學「序」二頁。

## 二 訴訟現象の訴訟法的觀察と實體法的觀察

大まかにいつて同じ現實の經驗的事實ないし現象も、觀察の立場ないし見地を異にしたがつて、それぞれ異つた意味を有する。同じ生活現象をひとしく法律的に觀察するのであつても、公法と私法、民法と刑法或は民法と訴

訟法というように、それぞれの法域においてそれぞれの法的見地からちがつた觀察ができ、またそれに應じて別異の意味が附與せられることがある(更に、たとえば民法という同一の法域においても、契約法と不法行為)。このような意味で、實體法の觀察ないし見地から觀察することを實體法的觀察 (materielle rechtliche Betrachtung) と名づけ、また訴訟法の觀察ないし見地から觀察することを訴訟法的觀察 (prozessrechtliche Betrachtung) と呼ぶことができる。<sup>(1)</sup> 實體法は實體的法律生活を規律し訴訟において事件に適用せられて具體化せられ裁判の内容を規制する法であり、これに對して訴訟法は訴訟を規律し實體法を具體化するための法であつて、實體法と訴訟法とは、このようなものとしてそれぞれ獨自的法則性をもつて存在し、異質的な法體系として制度的に對立している。したがつて實體法的觀察と訴訟法的觀察とは、理論的には明らかに峻別せられなければならない。もつともこのことは、兩者が實踐的には相互に關連するところがあることを否定するものでないのもちろんである。

ここにいう法的觀察とは、現實の生活現象について、特定の法の觀察から、それを解釋することすなわちその意味を明らかにすること——それは、法律行為の解釋というのと同じく、法律的價值に關連させてする事實的判斷である——、及び、それを評價することすなわち合法・違法、適法・不適法ないし有効・無効というような法律的價值判斷をすることを含む。そしてこのような意味における實體法的觀察や訴訟法的觀察ということは、現實の生活現象についていい得るところで、民法や訴訟法のような法そのものについては、民法の訴訟法的觀察とか訴訟法の實體法的觀察とかいうことは恐らく考えられないであらう。

ところで、同じ生活現象が實體法的にも訴訟法的にも觀察せられ得るということは、ひとしく生活現象であること

ろの訴訟現象についても同じように認められるところであつて、訴訟現象は、訴訟法的に觀察せられ訴訟法的側面において意味を有するのはもちろんであるが、實體法ことに民法の見地からも觀察することができ私法の領域においても意味を有することがあるのである。このように訴訟現象について實體法的觀察ができることは、たとえば適法な訴訟によつて民法上不法行為が成立することがあるというところに最もはつきりと認められるのであつて、既に判例や學説において一般に異論をみないところである。しからば訴訟現象を訴訟法的に觀察した場合と實體法的に觀察した場合とは、どのような特異性が認められるであらうか。

訴訟は、形式的には私人たる原告の訴の提起によつて開始せられ裁判所及び當事者の訴訟行為の繼起によつて進行し裁判所の公權的判斷たる判決によつて終了するところの・内容的には特定の事案に對する裁判所の間斷なき判斷の發展過程としての・訴訟法のもとに行われる經驗的な現實の社會現象である。このような訴訟現象を訴訟法的に觀察するときは、どのようにみられるであらうか。訴訟その他の生活現象を訴訟法的に觀察するとは、既に述べたように、觀察者<sup>(四)</sup>裁判官が訴訟法の觀點からこれを判斷することであり、この場合には訴訟法は裁判官によつて適用せられるのである。訴訟法は判決に至る審理の仕方・手續の構造を規律するものである。したがつてこの觀點から訴訟を觀察すれば、全體としての訴訟は判決の形成を志向したそれ自身において完結する閉鎖的・統一的過程すなわち判決形成過程であり、また訴訟における個々の現象はかかる判決形成過程の一環をなすものすなわちこの過程を推進し判決の形成を基礎づける一契機にほかならない。したがつて訴訟法的觀察のもとにおいては、たとえば訴訟における當事者の訴訟行為は、これを一般的にいえば、裁判所をして審理を行わしめ或は判決の資料として顧慮せしめ裁判官の心證

を形成するということについて意味ないし効果を認められるべきものであり、また一定の訴訟行爲としてその成立・不成立、適法・不適法、有効・無効或は更に理由具備・不具備が問題となるのである。そして個々の訴訟行爲におけるこれらの問題は、訴訟の過程を捨象し窮極點たる裁判所の將來の判斷ということを離れて考察することもでき、また訴訟の過程に着眼し將來の裁判所の判斷に關連せしめて考察することもできる。<sup>(五)</sup>

しかるに他方、訴訟は實體法的にも觀察することができ、實體法は實體的生活關係を規律する。かような實體法の觀點から訴訟を觀察すれば、全體としての訴訟ないしその過程における個々の訴訟現象は、判決形成過程であることは無關係に、正に實體法關係形成の一契機すなわち實體法關係變動の法律要件ないし要件事實をなすのである。したがつてここでは、訴訟現象は實體法的權利義務を發生・變更・消滅せしめるということについて意味ないし効果を認められるべきものであり、そのようなものとしてその成立・不成立、合法・違法、そして更に合法行爲としてはその有効・無効というようなことが問題となるのである。

かように訴訟現象についても訴訟法的觀察と實體法的觀察、或はそれに基く訴訟法的意味と實體法的意味とは理論上峻別せられなければならないが、しかも兩者は機能的には相互に關連することが考えられる。たとえば、訴が取下げられその意味で訴訟が無効となることによつて實體法的には或る種の法律要件として成立しないものとなり、或は實體法上違法であることによつて訴訟法上も無効とせられるようなことが考えられる。

以上の考察はもちろん極めて不充分である。しかし訴訟現象についても、訴訟法的觀察と實體法的觀察とが區別せられるべきことは、これを否定することができないであらう。次には、このような方法によつて、訴訟上の請求の意

義及び訴訟現象における権利行使の問題について論及することとしたい。

(一) ここにいう實體法的觀察及び訴訟法的觀察は、訴訟の過程を捨象して觀察するかそれとも訴訟の過程に着眼して觀察するかによつて區別せられるところの・いわゆる實體的考察(わたくしはこれを沒訴訟的或は超訴訟的考察と呼ぶのが適當ではないかと思う)(*auserprozessuale Betrachtung*)及び訴訟的考察(*prozessuale Betrachtung*)とは別異のことからである。なお Vgl. Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts* 2. Aufl. 1929, S. 21.

(二) 昭和一一・一・三二大審院第二民事部判決(民集一五卷二號一一六頁)は、このような意味でかなり面白い事件であるから、少し長文にわたるが、事案の内容とそれに對する判決を掲げておくことにする。

甲(原告・控訴人・被上告人)は、自己が昭和六年一月二七日競落によつて所有權を取得した宅地上に乙(被告・被控訴人・上告人)が無權原で家屋を所有し不法にこれを占有していると主張して、昭和七年一月二七日乙に對し建物收去土地明渡を求める本訴を提起し、なお乙から右家屋を賃借している丙外三名に對してもそれぞれ家屋から退去して土地を明渡すべき旨を訴求した。これに對し乙は、本件土地は自己が甲の前主より賃借し且つ前記家屋につき所有權保存登記があるから、右賃借權をもつて甲に對抗し得ると抗辯した。第一審は乙の抗辯を認めて甲の請求を排斥した。そこで甲は控訴し、控訴審では請求原因を變更して、賃料不拂を理由に昭和九年五月三十一日賃貸借を解除したと主張した。これに對して乙は、甲が本訴を提起して家屋賃借人丙等に對してもそれぞれ家屋からの退去を求めたので、丙等は訴訟に係る煩累に堪えずまた不測の損害をおそれ期間の定を無視して轉居するに至つたのであつて、乙は丙等の退去及び新借家人を求め得ないために損害を被つたから、甲はこの損害を賠償すべき義務があり、乙は昭和九年五月二六日この損害賠償債權と本件土地の延滞賃料債務とを對當額において相殺したから、甲の賃貸借解除は無効である、と争つた。原審は、訴の當否は口頭辯論終結當時までに理由があるに歸したときには、その訴求自體は結局正當であつたといふべきだから、甲の本訴提起が不當であることを前提として損害賠償債權を取得したとする乙の主張は失當である、として甲の請求を認容した。これに對して乙は上告し、たとえ請求原因を變更したため本案請求が理由があることとなつても、そのことと訴訟の提起並にその遂行に關する訴訟行爲が不法行爲であるか否かとは關係のない問題である、と論じた。大審院は次のように判示して、上告を容れ原判決を破毀差戻した。

「被上告人ノ勝訴ハ原審口頭辯論終結當時ノ狀態ニ依リ此ノ新事實カ肯定セラレタル結果ニシテ、被上告人カ第一審ニ提起シタル舊訴ノ理由アリシ故ニハアラス、原判決ハ此ノ區別ヲ辯セサルモノ違法ト云ハサルヘカラス」。「之ヲ要スルニ甲ノ故意若ハ過失ノ責任ニ關シテハ訴ノ提起ハ一個赤裸々ノ事實ニ外ナラス、起訴當時ニ在リテハ理由無カリシ請求モ幸ニ事情ノ好轉スルアリテ口頭辯論終結當時ノ狀態ニ基キ原告ノ勝訴ヲ贏チ得タリトテ、是唯本案タル請求ノ此ノ時期ニ於ケル存否如何ノ問題ニ過キス、本案ノ請求尙未生ナルニ拘ラス敢テ訴ヲ提起シタリテフ一個赤裸々ノ事實ソノモノニ因リ或ハ生シタル不法行為上ノ責任カ後日ニ於ケル勝訴判決ヲ以テ當然ニ濟清セラルヘキ所以ハ之ヲ解スルニ苦マサルヲ得ス、訴ノ提起ソレ自身トシテ生スル法律上ノ効力若クハ此ノ訴ニ於ケル本案ノ勝敗ト云フコトト、此ノ訴ノ提起カ單ナル事實トシテ別方面ニ惹起セル結果トヲ彼此甄別セサルニ似タル原判決ハ聊カ失當ナルニ庶幾シ」。

(三) 上掲判決に對する批評、末川・民商四卷一號(民法と統制法の諸問題二七四頁)、來栖・判民昭和一一年度三四頁。その他、中村「訴訟法學の體系と訴訟改革理論」一五二頁、團藤「訴訟狀態と訴訟行為」一八頁參照。

(四) 訴訟法は訴訟において裁判所ならびに當事者によつて遵守せられる。その限りでは裁判官もまた訴訟法のもとに行爲するものといわねばならない。しかし訴訟現象を訴訟法的に觀察する場合には、訴訟法は行爲者ではなく觀察者としての裁判官によつて適用せられる。この點については、團藤「訴訟狀態と訴訟行為」九頁、同「刑法と刑事訴訟法との交錯」六頁以下參照。なお法の適用は訴訟・裁判における法の具體化の場合にのみ存するとはいえない。

(五) これは訴訟的考察方法・超訴訟的(或は實體的)考察方法の問題の一場面である。この問題は實體法的な本案について存するのみならず、訴訟法上の事項についてもあり得る。ここでは深く立ち入らない。

### 三 訴訟上の請求としての權利主張

訴訟は、そこで審判される原則として私法上の權利關係とは別個の公法的現象とみられることは一般的に承認せられているところである。このような訴訟理論の下においては、訴は私人の國家に對する審判の要求であり、請求は原告が審判の對象として提示する訴の内容であるとみられるべきは當然である。しかし訴の内容たる請求すなわち訴訟

上の請求の意義については見解のわかれているところであり、ことに近時ドイツにおいては、訴訟上の請求とは一定の事實關係によつて特定した原告により法律的に構成されない法律的主張であるとする見解が有力であるけれども、わが國の通説は、おおむねヘルヴィヒにしたがい、原告が訴によつて審判を求める具體的な權利關係の存否の主張であると解する。<sup>(一)</sup> 訴訟上の請求をかかる權利主張と解するならば、その主張の相手方ということが考えられるが、わが國の學説においては、訴訟上の請求は被告に對する關係での權利主張ではあるが、裁判所に對する陳述の内容をなすものとしてむしろ裁判所に向けられるものとみるのが一般的な見解であるように思われる。<sup>(二)</sup> そしてこの點について、中村博士が強く通説に反對せられていることが、注目せられる。

中村博士の見解は、或は正鵠を得ていないかも知れぬが、大たい次の如くであるように思う。博士は、訴訟上の請求をもつて、ヘルヴィヒと同じく實體法上の權利主張と解せられると同時に、その主張の相手方は、特殊の場合を除くの外、實體法上の權利・義務の主體たる被告なることを主張せられ<sup>(中村「訴と請求並に既判力」二二頁・八二頁、)</sup>「訴訟法學の體系と訴訟改革理論」一〇〇頁、) かかる訴訟上の請求としての權利主張の内容は訴の類型によつて異なるも、約言すれば『それは「給付の訴」においては、原告から相手方に對する「給付の請求」であり、「確認の訴」においては、同じく相手方に對する實體法上の權利若くは法律關係の「存否の主張」である(確認の請求)。また「創設の訴」においては「創設の請求」、即ちそれは相手方に對しては「形成權の主張」若くは既存の權利關係の「變更の請求」であり、國家に對しては「權利關係形成の要求」(また、相手方に對しては、その者との關係におい)と解すべき』であると説かれる<sup>(前掲「訴と請求並に既判力」二二九頁、)</sup>「(て、國家に對し形成要求權を主張する旨の陳述)」<sup>(なおその詳細については同書八四頁乃至一二八頁参照)</sup>。そして訴と訴訟上の請求との相關々係については、『私は「訴訟上の請求」を以て……純然たる實體法上



の「權利主張」と解すると同時に、「訴」を以てこの權利主張に基き、その權利主張を實現すべき内容を有つ「權利保護の要求」（判決の申立）と解する。即ち原告は、訴の提起により相手方に對し各種の類型に従える實體法上の權利主張を爲すと同時に、裁判所によりて代表せられる國家に對しては、この權利主張を實現すべき内容を有つ判決を求める申立を爲すと看るのである。『私は訴提起行為のうちに、相手方に對する「實體法上の權利主張」（訴訟上の請求）とそれに基づく國家に對する「權利保護の要求」（判決の申立）とを認むべきことを提唱する。即ち原告の訴の提起は、一面において相手方に對する實體法上の權利主張（これは訴狀の被告への送達によりて爲される）であると同時に、他面において國家に對する「判決の申立」（判決請求權の行使）であることを主張する』。しかしかくいへばとて、『訴狀の提出による訴提起の行為のうちに、相手方に對する「訴訟上の請求」と、裁判所に對する「判決の申立」（判決の要求）との二行為の併存を認めるものでないことを明らかにして置かなければならない。要之、訴提起行為に付き實體法體系においては、「訴訟上の請求」として、また訴訟法體系においては「判決の申立」として、それぞれ別個の法領域において、その成立を認むべきことを主張するにある』と説かれる（前掲一二九頁乃至一三三頁）。

しかればこのように博士が訴訟上の請求を被告に對する實體法上の權利主張と解せられる論據はどうであるか。或は請求という語の意義もその一であるかと思う。すなわち、『請求』の元來の意義は、訴訟法の領域においても、なお實體法上のそれにある』（前掲八頁）。「請求」（Anspruch）と云へば、この語自體の意義としても、また、この語がドイツ法において今日迄法律語として使用せられ來つた沿革に徴するも、權利行使の狀態（動態的容態）を意味する語と解するを相當とし』（前掲四頁）、『範圍において廣狹の差はあれ、また、實體法上なると訴訟法上なるとを問わず、そ

れ自體何等かの權利の主張を意味すべきことは、この語の用例、竝にその語源より見て當然のことであり』(前掲三)、したがつて訴訟上の請求は、給付請求のほか確認請求及び形成請求の認められる現在では、本來の請求たる請求權行使には限られぬけれども、なお本來の語義として何らかの權利實現の要求を意味すべく、これを裁判所に對するものとすれば訴訟資料の陳述にすぎず權利主張としての請求ではない(前掲四五頁、四六頁、四九頁參照)とされるのである。しかしその最も重要な論據は、博士のいわゆる實體法・訴訟法對立二元觀である。

博士は、その訴訟法學における基本的立場と主張とを要約して、次のように論ぜられる。すなわち『實體法と訴訟法とは異質の體系であるから、訴訟構成理論としてのその綜合一元觀は成立の餘地なく(裁判理論としては、自ら別問題である)、また私法的二元觀若くは訴訟法的二元觀は、實體法と訴訟法との綜合の「場」である「訴訟」の諸現象を全面的に把握し得ない部分觀に止まる。結局、著者の名稱し且つ主張する實體法・訴訟法對立二元觀が、訴訟の理論構造のため、唯一の正しき考察態度でなければならぬ、というにある』と(前掲序三頁)。そのいわゆる實體法・訴訟法對立二元觀については、博士がその定義を明瞭に規定されている個所を指摘することはわたくしには差し當りでないが、恐らくそれは訴訟法・實體法對立の關係において訴訟現象を把握しようとする立場であり、『法』の世界は、「實體法」と「訴訟法」とに岐れ、それぞれ異質の性格をもつ法規範の體系を構造する。而して具體的な「訴訟」は、この實體法と訴訟法との綜合の「場」をなすのであるから、訴訟現象の全面的把握には、實體法並に訴訟法の雙面からの考察が必要である』。『具體的な「訴訟」には、實體法と訴訟法とが共に妥當し、この二つの法規範體系の綜合の「場」が「訴訟」に外ならないのであるから、實體法を無視して「訴訟」現象の正しき把握は、不可能でなけ

ればならない。』『訴訟法學としては、實體法並に訴訟法の兩側面よりの考察を必要とする』という訴訟法學における考察方法・考察態度のことであり、更にはかかる考察方法の下に訴訟理論體系が構造せらるべくその基礎的方法たらしめるべきだとする學問的態度ないし訴訟觀を指稱せられたものと解せられる（「訴と請求並に既判力」序一頁・二頁、七と訴訟改革理論一三八頁乃至四二頁、一七〇頁等參照）。そしてこのように『訴訟法・實體法對立の關係において訴訟現象を把握せんとする二元的訴訟觀の下においては、國家に對する判決の要求である「訴」と、訴訟手續による實體權の主張である「請求」（裁判上の請求）とを方法的に區別する。ここに「方法的に區別する」とは、訴訟現象の實證的考察において、「訴」に該當するものと、「訴訟上の請求」と見るべき部分とを區別して認識するという意味ではなく、この二元論的立場においては、一聯の訴訟現象のうちに、それぞれ訴訟法の定める「訴」の構成要件の充足と、實體法の定める「請求」の構成要件の充足とにより、「訴」と「請求」と各その成立を認めるということに外ならぬ。即ちそれは「訴」と「請求」との實證的區別ではなくして、理論的分離の認識である』（「訴と請求並に既判力」七八頁）。そしてかような實體法・訴訟法對立の二元觀の下に、博士は、さきにも引用したように、訴訟上の請求を以て純然たる實體法上の權利主張と解せられると同時に、訴を以て、この權利主張に基き、その權利主張を實現すべき内容を有つ權利保護の要求（判決の申立）であると解せられ（前掲一二九頁、乃至一三〇頁）、且つ『かくて「訴訟上の請求」を以て、實體法に依據する權利主張と解する場合、そのすべてが、當該實體法律關係に干與しない裁判所に對し爲さるべきものと解することの不當なるはいうを待たない』（前掲八（四頁））というように論ぜられるのである。

おもうに、現在の法律制度においては異質的體系としての實體法と訴訟法との對立は制度的所與であるが、訴訟法

によつて規律せられる訴訟は實體法實現の過程であり、したがつて訴訟法と實體法とのその綜合・聯繫をば訴訟現象のうちに眺めんとすることには(前掲七九頁)異論は存しないであろう。その意味で、訴訟現象の全面的把握には實體法並に訴訟法の兩側面からの考察が必要であり、訴訟法・實體法對立の關係において訴訟現象を把握することが最も正しい認識方法であるといえるのであつて(前掲七六頁、七八頁)、博士もワツハやヘルヴィヒその他權利保護請求權説下の諸學説はいずれも部分的には實體法・訴訟法對立の二元觀に立つていとせられる(前掲七七頁、なお民訴講座Ⅱ三一頁)。したがつて博士の學説の特色は、この訴訟觀を徹底し、かかる二元觀をもつて一貫した訴訟理論體系を構造しようとせられる點にあるであろう。ところで、博士の訴訟理論體系構造についての全面的批判は別として、訴の内容をなす訴訟上の請求の意義についていえば、訴訟法・實體法對立の關係において訴訟現象を把握するときは何故に訴訟上の請求を實體法體系においてのみ理解しなければならぬのであらうか(「訴と請求並に既判力」八四頁参照)。訴は裁判所に對する判決の要求であるが、その内容をなす訴訟上の請求は、審判の對象として提示せられ、訴すなわち原告の判決要求の内容を規定する關係にある(中村・私法行爲と訴訟行爲、民訴講座Ⅱ三二五頁参照)、したがつてまた裁判所の判決の内容をも規定するものである。訴訟上の請求を權利主張であるとするのは、訴訟における審判の對象は原告がその責任において自己の利益に一定の權利として構成した範圍内の事項たるべきことを意味するのであり、請求がかように實體法に依據した原告の法的判斷の表示であるとすれば、それは實體法的性格を有するものといえる。(三)しかし請求を訴訟の目的としたがつて審判の對象として把握する限り、請求は原告の法的判斷の表示たるをもつて足り、被告に對する權利主張であるとみるを要しないといわねばならない。そして請求を訴訟の目的としたがつて審判の對象として把握するのは、實に訴訟現象を訴訟法的に觀察するものである。

かように訴訟上の請求は原告の主観的な法的判断に他ならぬけれども、かかる請求を裁判所に對し提示することは決して訴訟資料の提出ではなく、審判の対象を設定し判決の内容を規定するものとして正に訴の内容をなすのである。<sup>(四)</sup>

そして請求は訴の内容をなすものとしてその適否が問題となるけれども、それは原告の法的判断が正當であるか否か・權利が存在するか否かに關しないのである。<sup>(五)</sup>

訴訟現象を判決形成過程として觀察する訴訟法的觀察の下において、訴訟法上の請求は原告の法的判断の表示であるとするべく、被告を相手方とする權利の行使ないし主張と解すべきではない。これに反して、後に述べるように、原告が一定の請求を内容とする訴を提起しこれを追行することは、原告の被告に對する權利行使ないし權利主張とみられ得る。しかしそれは訴訟現象の實體法的觀察たるのである。中村博士もまた『實體法・訴訟法對立の二元觀の下においては、原告の訴狀提出による事件の訴訟係屬という法現象のうちに、實體法の立場からは原告の實體法上の權利主張（訴訟上の請求）を認め、訴訟法の立場からは同じく原告の國家に對する判決要求權（訴權）の主張を認めるというのである』とせられるけれども（「訴と請求並に既判力」一三二頁）、博士の見解においては、このように訴訟上の請求が實體法の立場からは原告の實體法上の權利主張と認められるということが、正に訴訟法學として訴訟理論としてそして訴訟體系理論として主張せられているのである（たとえば民訴講座<sup>二</sup>）。けだし博士によれば、今後の法律學は實體法・訴訟法の接觸且つ融合のある具體的な「訴訟」をもその研究對象としなければならぬが、それは實體法學の學問的方法の不可能とする處であつて、それは訴訟法學の任務であり、訴訟法學は實體法學が學問的處理をなし得なかつた法律學の實踐的側面を引受けこれをその學問的對象とするからである（「訴訟法學の體系と訴訟改革理論」一〇頁、「實體法學と訴訟法學」七一頁乃至七三頁參照）。したがつ

て、結局、訴訟法は實體法の上位次元に指定せられ、上位次元は下位次元を包攝し、また全法學の體系において訴訟法學は實體法學の上位次元に位してこれを下屬せしめるものとせられることになる<sup>(六)</sup>（中村「民事訴訟要論」一五頁及び八八頁「訴訟法學の體系と訴訟改革理論」一七〇頁においては、實體法・訴訟法對立二元觀というも、訴訟法學における考察もつとも「訴訟法學の體系と訴訟法學の對立二元觀」とするものではない、とされる）。このような博士の實體法・訴訟法對立二元觀は、訴訟法理に實體法理の導入を提唱する訴訟觀であるとしても<sup>(八八頁參照)</sup>（前掲要論八七、それはもはや實體法・訴訟法の對立二元觀ではなくして、訴訟法による實體法包攝論ないし訴訟法優位說若しくは訴訟法學上位說ではなからうか。全法學の體系の問題をここに検討し批判することはできないけれども、實體法と訴訟法の接觸の場である具體的な訴訟の構造の正しい理論的把握のためにはいえ、また實體法學と訴訟法學の綜合理論としても<sup>(一)</sup>「實體法學」<sup>(四九)</sup>、實體法と訴訟法若しくは實體法學と訴訟法學との關係を、このように整序することにはとうてい賛成し難いのである。訴訟現象において権利の行使や不法行為の成立を認めることは實體法學の分野に屬するとみて何ら不都合がなく、また實體法學の分野においても實體法關係を訴訟の過程に關連させて考察する訴訟的考察が可能であり且つ必要でもあると考える。

要するに、訴訟の目的であり訴の内容である訴訟上の請求とは、原告がその當否について審判を求めるものとして裁判所に對して陳述するところの・被告に對する關係における・原則として具體的權利關係の存否についての原告の法的判斷（權利主張）であるときをみるをもつて足り、原告が被告に對して爲す實體法上の權利主張であるときを要しな、といふべきである。

(一) この點の詳細は、中田・請求の同一性（訴訟及び仲裁の法理一頁以下）、同・形成訴訟の訴訟物（民訴雜誌一號一〇九頁以

下) 参照。なお Schwab, Karl Heinz, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954.

(二) たとえば中田「民事訴訟法講義」上五七頁参照。

(三) 審判の対象をかくように原告が自己の責任において、法的に構成した具體的な權利主張であると解するのは、中村博士によれば、訴訟上の請求を必ずしも純粹に訴訟法的に把握したものでない、とされるものの如くであるが(「訴と請求並に既判力」三二頁、三四頁参照)、わたくしはこれを飽くまで訴訟法的觀察であるとする。

(四) 中村博士は、裁判所に對してするのは訴訟資料を提出する法律上の陳述にほかならないとされるが(「訴と請求並に既判力」四六頁、四九頁参照)、わたくしは、請求の陳述は審判の対象を提示するものとして、訴訟資料の提出たるその他の法律上または事實上の陳述とは異なるものと解する。

(五) 訴訟上の請求を相手方に對する權利行使(權利主張)であるとすれば、請求が認容せられなかつた場合には、その請求は存在しない權利の行使として訴訟上も不適法たるべきではあるまいか。これについて中村博士は、「訴訟上適法にして、實體法上不適法なる權利の行使」である、と說かれる(「訴と請求並に既判力」二九〇頁参照)。なお實體法上も、請求が理由のないことすなわち權利がないのに訴を提起することが當然に違法とせられるものでないことは、言をまたない(末川・前掲判決批評(民法及び統制法の諸問題二七一頁) 参照)。

(六) 中村博士は、更に他の個所で、實體法と訴訟法とが別異の體系を構成するということを、數學的表現を以てすれば異なれる「次元」にあることとされ、この兩體系に跨る問題を解決するには、兩體系の對立を認め、兩體系よりも高次の段階において、その綜合を企圖する理論でなければならぬ、とされる。そしてその高次の段階(次元)とは裁判を意味する(「訴と請求並に既判力」二二八頁、二二〇頁、二二二頁参照)。

(七) 實體法理論も訴訟法理論も、いずれも裁判理論によつて定礎せられなければならないが、裁判理論が全面的に訴訟法學の課題に屬するものとは認め難い。

#### 四 訴訟現象における權利の行使

既に述べたように、經驗的な現象としての訴訟の全體またはその一部は、他面では、諸種の法領域において一定の法律効果を生ぜしめる要件事實として、實體法的にも觀察せられ得る。しかしかような訴訟現象の實體法的觀察はさまざまの法領域について爲され得るのであるから、ここでそれについて網羅的に論及するを得ないのは無論である。そこで以下には、私法實體法ことに民法の領域において、訴訟現象がどのように觀察せられ得るかを検討したいと思う。もつとも、法律要件論によつて明らかであるように、一般に法律要件は生活關係が法律上の効果を認められる理由に即して種々に區別されるのであつて、訴訟現象が私法實體法的ないし民法的に觀察される場合にも、それはたとえば法律行爲的ないし適法行爲的要件としてであることもあり、また不法行爲的要件としてであることもある。それらの全般にわたつて考察することは到底できないので、ここでは主として訴訟が原告の権利の行使として觀察せられる若干の場合について述べることにする。

#### 一 訴訟と請求權の行使（催告）

請求權の行使は、債權者が債務者に對してその債務の履行を欲する意思を通知することによつてなされるのであつて、普通に請求または催告と稱せられる。請求は、必ずしも一定の法律効果を生ずるものではないが、場合によつて履行遲滞（民四一二）・解除權の發生（民五四一條）・時効中斷（民一五三條）等の効果を生ずる。

ところで、權利を行使するということと權利を有つているということとは明らかに區別して觀念せられねばならぬのであつて、權利の行使は權利の内容の現實化する過程としての容態であり、潛勢的の狀態において力と意識されるものを現實化する過程であるが、權利行使の形態は權利の種類によつて異なる。請求權の行使は現實に給付を請求する



こと及びこれを受領することによつてなされ、裁判外の行使という形態で現われることもありまた裁判上の行使という形態で現われることもあつて、普通に裁判外の請求及び裁判上の請求と呼ばれる。そして債權者が債務者を被告として訴訟をすることは、民法的には裁判上の請求と認められるのである。すなわち訴訟法的には訴の提起ないし訴訟追行と觀られる判決生成の過程が、同時に民法的には請求權の行使すなわち請求と認められるのである。<sup>(一)</sup>なお或る行爲が權利者が特定人に對し權利の存在を認めしめようとして爲される行爲というようにみられるときには、それは權利の主張として觀念せられるのであるが、その意味では給付の訴に限らず確認の訴や形成の訴においても權利の主張が爲されているものといえる。しかしこの場合の權利の主張というのは民法上の行爲としての意味であり、實體法的觀察によるのである。そして實體法的觀察においては、權利の行使にしても權利の主張にしても權利の存在を前提としてゐることはない。

かように、給付訴訟においてわれわれは請求權の行使ないし催告を認めることができるのであるが、一般に或る生活現象が催告であるか否かは履行を請求する意思の通知であるか否かの解釋の問題であり、給付訴訟において請求權の行使を認めることができるというのも、訴訟現象を民法的に觀察したものであり實體法的觀察によるのである。したがつて、給付訴訟の提起による催告が、それだけで一定の効果を生ずるかそれとも他の何らかの要件事實と結合することを要するか・或はどのような効果が認められるか・更にはその効果が訴訟の運命によつて左右されるかどうかというようなことは、すべて實體法の理論によつて決せられるのである。

たとえば、催告による附遲滯の効果について考えると、この効果が生ずるためには債務の履行を欲する債權者の意

思の表示が債務者に到達することを要するから、通知を公示の方法ですることが認められないとすれば(民九七條)、訴狀の公示送達により訴訟は適法に係屬しても、附遲滯の効果は生じ得ないであろう。また手形その他の證券的債權においては、訴狀送達の際に證券が呈示されるわけではないから、訴狀の送達によつてその時から當然に債務者が遲滯の責を負うことはない(商五一七條)と解すべきである(條參照)。

次に、時効中斷の効果についてみよう。民法によれば請求は時効を中斷するが(民一二七條)、請求ことに裁判上の請求による時効中斷(民一四九條)の基礎が債權者による權利行使にあるか・訴訟係屬の効果であるか・權利確定の効果であるかは見解の岐れるところである。しかしかりに權利の行使たることに基くとする見解にしたがうとしても、そのときには、訴訟において權利の行使が認められるということ、換言すれば訴訟現象が實體法的には權利行使と解釋せられ得ることによるのである。そしてかように裁判上の請求による時効中斷が訴訟という現象を實體法的に觀察してそこに權利行使が認められるのによるとすれば、手形の如き證券的債權については、證券の呈示を伴わない訴の提起により時効中斷の効果を生じるかどうか、また實體法たる民法・商法または手形法の理論により時効中斷制度の意味を吟味しながら決せられるべきものといふことができる。(四)

(一) 同説、末川・私權の行使(權利濫用の研究六六頁)。なお本段の權利の行使及び主張に關する敘述については、末川博士のこの研究を參照した。

(二) 中村博士が訴の提起による時効中斷を權利者の權利行使の効果に歸せしめられることはいうまでもない(「訴と請求並に既判力」二〇一頁、二〇二頁、二三三頁參照)。ただ博士は、この權利者の權利行使を、訴訟の目的である訴訟上の請求におい

て認められるのである。實に、博士の訴訟上の請求に關する理論は、この訴の提起による時効の中斷の効力の研究にはじまる（上掲序二頁）。すなわち、當時、訴の提起による時効の中斷が「訴」に内含せられる私法上の「請求」の効力であるか或は訴の提起による事件の「訴訟係屬」の効力とみるべきかが問題となり、當時の訴訟法學界の大勢は概してこれを「訴訟係屬の効力」と解したが（上掲二頁）、公法的訴權説を徹底せしめれば、「訴訟關係」と審判の對象である「實體法律關係」とは觀念的、體系的に區別せられなければならない。訴訟開始の私法上の効果を權利拘束それ自身の効力または訴權實行の效果となすことは論理上不可能であるとして（上掲二〇一頁）、「訴訟」も權利者の義務者に對する「權利主張」の一形態とみるべきであるから、私法上の効果もこれに歸せしめるのが理論として最も妥當であるとされ（上掲二〇二頁）、しかもかかる「實體法上の權利主張」を既に述べたように訴の内容である訴訟上の請求のうちに認められたのである。

(三) わが民法の解釋として、時効中斷原因たる裁判上の請求とは訴を提起することである、と解するのが通説であるが、それは一定の請求を掲げた訴狀を裁判所に提出しそれが被告に送達されるという過程のみをもつて裁判上の請求たる權利行使とみるのであらう。しかし訴の却下または取下の場合には裁判上の請求としての時効中斷の効力を生じないのであるから、むしろ訴訟を進行し勝訴判決を得る過程を全體として裁判上の請求たる權利行使とみるべきである。

(四) この點については、田中（耕）判民昭和五年四六事件評釋參照。

## 二 訴訟と形成權の行使

一般に說かれるところによれば、形成權には訴訟上行使を要するものと裁判外的意思表示によつて行使せられるものとが區別され、前者は更に裁判所が判決をもつて法律狀態の變更を宣言することを要するもの（婚姻取消權や離婚權など）とそうでないもの（破産法上の否認權や詐）とに區別せられる。ところで法律行為の取消權や契約解除權や相殺權のように裁判外で普通的意思表示によつて行使し得るものについても、訴訟の實踐においては、これを訴訟において行使することが少くない。すなわち當事者が、訴狀や準備書面に記載し或は口頭辯論で直接に口頭をもつて、契約を取り消した

は解除する旨または反對債權をもつて相殺する旨を表示するのである。このような現象も、私見によれば、實體法的觀察においては、それが契約の取消若しくは解除或は相殺の意思表示と解釋せられ、他面訴訟法的觀察においては、契約を取り消し若しくは解除する旨或は相殺を爲す旨の攻撃または防禦方法の提出と觀られるのである。もつとも實體法的に觀察しても、裁判外で解除や相殺の意思表示を爲した場合と訴訟において解除や相殺の意思表示を爲す場合とは、當事者の意思表示の趣旨に異つたものが認められ得ると思うが、ここには詳論することを避ける。